

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Neutralité ou impartialité dans l'externalisation des missions de service public

Flohimont, Valérie

Published in:

Externalisation des missions des pouvoirs locaux

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Flohimont, V 2010, Neutralité ou impartialité dans l'externalisation des missions de service public: réalité ou utopie? Dans Y Cabuy & JM Wolters (eds), *Externalisation des missions des pouvoirs locaux*. VOL. 4, Les dossiers de performance publique, Larcier , Bruxelles, p. 3-28.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Neutralité ou impartialité dans l'externalisation des missions de service public : réalité ou utopie ?

Valérie FLOHIMONT

Directrice adjointe du Df&Ls – F.U.N.D.P. Namur
Collaborateur scientifique volontaire ISR – K.U.Leuven

Introduction

L'externalisation des missions de service public pose une question on ne peut plus actuelle. Chaque nouvelle journée connaît son lot d'appels d'offres, d'appels à propositions, d'adjudications... pour des tâches aussi diverses que la fourniture des repas, le support informatique, la réparation des routes, le conseil stratégique, l'organisation des ressources humaines, la rédaction de textes, le nettoyage, la construction de nouveaux bâtiments, etc.

Au vu du phénomène, il importe de s'arrêter pour s'interroger. Toutes les missions de service public peuvent-elles sans plus être déléguées ou confiées à des tiers ? La défense de l'intérêt général n'impose-t-elle pas par nature que certaines tâches restent exclusivement dans les mains du service public ? Et si les autres tâches peuvent faire l'objet d'une externalisation ou d'une sous-traitance, n'y a-t-il pas des précautions à prendre afin de garantir le respect de la neutralité et de l'impartialité du service, tant au moment de l'externalisation elle-même qu'au moment de la réalisation de la mission de service public par des tiers ?

La présente contribution est articulée autour de trois thèmes se succédant du passé à nos jours. Chaque thème mériterait à lui seul un article. Néanmoins, compte tenu de l'objectif principal de cette contribution, à savoir dresser les contours de la neutralité et de l'impartialité du service public lors de l'externalisation de certaines de ses missions afin d'ouvrir la voie aux analyses particulières des autres auteurs de cet ouvrage, il nous a semblé important d'aborder les trois points qui suivent sans pour autant répondre à toutes les questions que chacun d'eux soulève.

Dans la première partie, nous nous penchons sur le phénomène d'externalisation des missions de service public en faisant un saut dans l'Histoire jusqu'à l'Antiquité. Nous descendons donc la ligne du temps des Romains

à nos jours en examinant de façon succincte les mécanismes d'externalisation et l'émergence du concept de service public afin de mieux comprendre la situation d'aujourd'hui.

Ensuite, nous nous arrêtons sur le droit positif actuel pour cerner au mieux les notions de neutralité et d'impartialité. Quelle définition donner à chaque concept? Comment ces notions sont-elles prises en compte par le droit et comment s'articulent-elles entre elles? Il convient de préciser ici que nous n'abordons pas la question de l'impartialité appliquée aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Nous nous limitons à un examen de la jurisprudence administrative relative à l'application de la neutralité et de l'impartialité aux organes de l'Administration.

Fort de ce bagage juridique, nous abordons la question délicate de la neutralité et de l'impartialité en dehors du cadre de la vérité juridique. La mise en place de procédures et de possibilités de recours ne suffit pas, en effet, à éliminer toute once de partialité ou de parti-pris dans l'attribution de services « externalisés ». La question est donc traitée ici du point de vue des soumissionnaires et non des usagers du service public.

Enfin, nous nous arrêtons sur un cas d'externalisation « moderne » qui a particulièrement retenu notre attention : l'externalisation de la législation. La rédaction des textes légaux peut-elle décemment être confiée à des représentants du secteur privé? N'y a-t-il pas des prérogatives de la puissance publique qui, dans un État démocratique, doivent rester dans les mains des mandataires publics, élus ou agents des services publics? Leur glissement vers le secteur privé ne porte-t-il pas atteinte au processus démocratique, à la légitimité du pouvoir, à la déontologie et, pour tout dire, aux principes fondamentaux d'un État de droit?

Section 1

Brève histoire du service public

Pour cerner les spécificités de notre sujet, il nous paraît important d'effectuer un bref voyage dans le temps et de nous replonger dans les origines du service public. Mieux connaître notre passé permet en effet de comprendre plus aisément le présent et d'être vigilant quant à l'avenir.

Comme le disent à juste titre G.J. Guglielmi et G. Koubi dans leur excellent ouvrage *Droit du service public*¹, jusqu'à la Révolution française,

¹ G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, coll. Domat, Paris, Montschrestien, 2007, 755 p. Eu égard au fait que, comme le dit P. Popelier, la Belgique a repris les principes généraux de droit public du droit public français (voy. P. POPELIER, « Beginnsel van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (éds), *Beginnselen*

les termes « service public » n'apparaissent pas en tant que tels dans les textes². Néanmoins, malgré le silence des écrits, le service public ou, à tout le moins, le service au public existe bel et bien depuis l'Antiquité.

Platon³, et par la suite, Aristote⁴, ont consacré une partie de leurs réflexions à l'étude de la cité et de l'organisation politique. Il est impossible de détailler ici leur analyse; nous nous limitons donc à un bref rappel de quelques idées phares. Pour Platon, il convient que l'intérêt collectif prime l'intérêt particulier pour instituer une cité juste et ordonnée. Le philosophe estime en effet que l'objectif de la cité est de faire en sorte que les citoyens puissent mener une vie heureuse, conforme au bien; or, il considère que cette finalité ne peut être réalisée que dans le cadre d'une vie commune⁵. Selon Aristote, qui voit en l'homme un « animal politique » ne pouvant s'épanouir que dans la cité, c'est-à-dire une communauté politique, il importe que tous les membres de la cité aient une fin commune, la justice. La justice étant définie comme le fait de donner à chacun ce qui lui revient, ce à quoi il a droit, ce qu'il mérite, il convient alors que certains biens soient mis en commun et que tout un chacun développe une certaine vigilance pour la qualité de la vie sociale⁶. D'une certaine manière, la notion platonicienne d'intérêt collectif et le concept aristotélicien de bien commun constituent les prémisses du service public ou à tout le moins de la notion du service public que nous connaissons aujourd'hui.

La Rome républicaine⁷ – dont le nom trouve ses racines dans le terme *res publica*, c'est-à-dire la chose publique – connaissait déjà la distinction entre les notions d'utilité publique (*utilitas publica*) et d'utilité privée d'une part, entre le concept de sphère privée (civile⁸) et de sphère du bien commun (institutions de décision et de commandement) d'autre part. Dans ce cadre, les gouvernants doivent veiller à satisfaire les besoins essentiels de la population tels que la sécurité, l'hygiène, la salubrité et les loisirs. La République romaine voit donc se développer des aqueducs, des

van behoorlijk bestuur, Bruges, Die Keure, 2006, pp. 3-4, n° 1) et que notre histoire est en grande partie commune à celle de la France, il nous a semblé pertinent de travailler partiellement sur la base d'un ouvrage de droit français. Une importante partie de notre chapitre historique est basée sur le chap. 1 de l'ouvrage de G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI (« Émergence du concept de service public »), sect. I et II de la 1^{re} partie (« Conceptions du service public »). En outre, nous conseillons vivement la lecture de ce livre dans son intégralité. Il est non seulement très complet, mais également très documenté et renvoie à une bibliographie extrêmement riche.

² G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, op. cit., p. 19, n° 16.

³ 428-427 av. J.-C. – 347-346 av. J.-C.

⁴ 384 av. J.-C. – 322 av. J.-C.

⁵ PLATON, *La République*, Liv. IV, 420b; G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, op. cit., p. 22, n° 24.

⁶ ARISTOTE, *Les politiques*, Liv. II; G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, op. cit., p. 22, n° 24.

⁷ De 509 à 27, av. J.-C.

⁸ Dans son sens premier venant du latin *civis* qui signifie « membre libre d'une cité, citoyen » et par dérivation *civitas*, c'est-à-dire « condition de citoyen, ensemble de citoyens, cité ». Voy. B. CASSIN (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies*, Paris, Seuil-Le Robert, 2004, p. 220.

égouts, l'éclairage public, des thermes, des hippodromes et des arènes⁹. G.J. Guglielmi et G. Koubi qualifient ces initiatives de «services publics locaux»¹⁰. Par la suite, dans l'Empire romain¹¹, apparurent des prestations systématiques de service public telles que des distributions de vivres, le monopole sur les boulangeries, l'organisation des transports, la production de vin. Il va de soi que, comme dans toute société, ces activités de service public répondent à des objectifs politiques, sociaux et économiques. À l'ère du slogan «du pain et des jeux», l'exemple des boulangeries est éloquent. Afin d'assurer la production et la distribution de pain, certains boulangers se voient octroyer par l'Empire un monopole sur ces activités en échange du respect d'obligations strictes pouvant même influencer leur vie civile et leurs choix personnels. «Les fils aînés de boulangers sont de naissance destinés à la profession; le testament ne peut transmettre les biens constituant l'outil de travail qu'à une personne exerçant la profession»¹².

Cette distinction de l'Antiquité entre chose publique et chose privée semble quelque peu se perdre durant le Moyen Âge qui renoue avec la confusion des patrimoines privés et des patrimoines publics. Puisque le pouvoir est conçu à cette époque de façon patrimoniale, le Seigneur gouverne sur «son patrimoine». Néanmoins, afin de garantir le développement et la prospérité de ses biens, le Seigneur est amené à organiser certains services en commun et à mettre des structures et diverses installations au service de ses sujets. Au demeurant, l'Église fait de même.

Le seigneur érige sur son fief des installations indispensables qu'il met à disposition de ses sujets contre une rente, d'ailleurs élevée. Ce procédé est qualifié de «banalités». Il s'agit par exemple de moulins, de pressoirs, de fours. Les résidents du fief sont obligés d'utiliser ces installations et ne peuvent pas en fabriquer d'autres à titre personnel. En contrepartie, le seigneur est tenu de veiller à leur bon fonctionnement. En cas de déficience de plus de vingt-quatre heures, les sujets ont le droit d'utiliser les installations d'un seigneur voisin.¹³

Par la suite, vers la fin du XI^e siècle, l'extension et l'essor des villes – qui deviennent peu à peu d'importants carrefours économiques et sociaux – ont pour conséquence un développement des services publics. Afin de veiller à la sécurité des habitants et à la prospérité de la ville, des services de nettoyage, d'assistance aux malades, d'enlèvement des immondices, de défense de la ville, etc., voient le jour. De même, compte tenu du rôle essentiel des villes comme carrefours, lieux de commerce et de rencontre, les réseaux de communications font l'objet d'une attention particulière.

Les routes et voies navigables sont entretenues; de nouvelles constructions permettent de franchir les forêts, les collines et les montagnes. Les voies sont accessibles contre acquittement d'un droit de passage (instauration des «routes à péages»). Par voie de conséquence, des besoins nouveaux apparaissent et engendrent eux-mêmes la création de nouveaux services tels que le transport de marchandises par charrette et le transport de personnes par diligence ou encore le service de courrier, ancêtre de notre service postal. L'extension du nombre de routes et de chemins induit une classification de ceux-ci en chemins privés et publics¹⁴. La sécurité sur les chemins publics est organisée par les gouvernants (d'abord les seigneurs, par la suite le roi).

De son côté, l'Église développe essentiellement ses activités là où il semble qu'il y ait carence du «pouvoir public». Il s'agit notamment de l'aide et de l'assistance aux malheureux, des soins et du soulagement des souffrances. L'Église veille à prévenir les affections et à développer le sens collectif de l'hygiène. Pour ce faire, elle dirige des opérations d'assèchement des marais, organise les premiers soins, met sur pied des opérations de nettoyage dans des villes ou des quartiers et veille à défendre les droits (fondamentaux) des assujettis, tel le droit à la subsistance.¹⁵

À partir du XV^e siècle apparaissent ce que G.J. Guglielmi et G. Koubi appellent de «grands services publics»¹⁶. En 1464, Louis XVI institue la poste aux chevaux; en 1573, Henri III organise la messagerie royale; en 1594, les lignes de coches entre Paris, Orléans, Rouen, Beauvais et Troyes sont lancées à grande échelle; en 1608, Henri IV veille à l'enlèvement des ordures ménagères pour trente ans; etc.¹⁷. Ces services publics, mais nous y reviendrons par la suite, ne sont pas exécutés par des agents publics, mais bien par des partenaires privés selon des modes divers de délégation, contractualisation, adjudication.

Au XVII^e siècle, le terme «service public» se trouve pour la première fois explicitement dans des textes royaux. Dans un édit de 1635 réorganisant les modes de transport par voie navigable et par voie terrestre pour les transports publics et le courrier postal, le roi déclare «voulant autant qu'il nous sera possible, rendre le commerce de notre Royaume facile et commode, nous ordonnons auxdits fermiers d'établir des bureaux tant en notre bonne ville de Paris qu'en toutes villes et [...] établirons des personnes et

¹⁴ Il convient ici de noter que la classification entre chemins publics et chemins privés n'était pas basée sur le critère de la propriété tel que nous le connaissons aujourd'hui. Le critère de distinction entre ces deux types de chemins était les commodités de passage, à savoir étaient privés les chemins et sentiers de moins de seize pieds de large et publics ceux de plus de seize pieds. Il s'agissait donc clairement d'un critère d'utilité. Voy. G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 26, n° 37.

¹⁵ G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, pp. 24-27, n° 31-40.

¹⁶ *Ibid.*, p. 31, n° 50.

¹⁷ *Ibid.*, p. 31, n° 50-53.

⁹ G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 21, n° 23.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ De 27, av. J.-C. à 576, ap. J.-C.

¹² G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 23, n° 26.

¹³ G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, pp. 24-25, n° 31-33.

commis suffisants pour subvenir à toutes lesdites voitures, en sorte que le *service public* n'en soit aucunement retardé¹⁸. Un siècle plus tard, dans un arrêt du Conseil du 20 novembre 1785 portant sur l'administration de la Poste et sur celle des relais et messagers, le roi conclut que «le transport des malles aux lettres continuera de se faire gratis par le maître des postes, deux fois par semaine, moyennant 5 s. de garde [...] sur toutes les routes où il est établi des grands courriers même sur celles où il viendrait à en être établi par la suite pour faciliter le *service au public*»¹⁹.

À la veille de la Révolution française, nous pouvons tirer quelques conclusions sur l'évolution et l'état du service public depuis l'Antiquité.

Tout d'abord, il convient de souligner que la notion de bien commun, chose publique, utilité commune... – peu importe la qualification utilisée – est ancrée depuis longtemps dans notre histoire et constitue incontestablement le fondement de ce que nous appelons aujourd'hui «l'intérêt général». La définition de l'intérêt général et les réalités concrètes qu'elle recouvre évoluent certes avec le temps et selon les intérêts en présence, mais, de tout temps, existe la conception supérieure d'un intérêt qui transcende, dépasse les seuls intérêts privés ou particuliers. Il en va en fait d'une affirmation du lien social auquel, comme le disent à juste titre G.J. Guglielmi et G. Koubi, le service public est toujours consubstantiel et «s'impose aux gouvernants comme la mission centrale de leur existence institutionnelle, mission sans laquelle leur action serait privée de tout but légitime et de tout fondement démocratique»²⁰. La réalité du service public recouvre toujours une double dimension : d'une part, le service public constitue une nécessité sociale, requise par et pour la vie ensemble ; d'autre part, le service public résulte d'une volonté politique puisqu'il échet au pouvoir en place de déterminer ce qui relève de l'intérêt général et de fixer les modalités selon lesquelles ces tâches d'intérêt général seront exécutées. Cette volonté politique se reflète en conséquence dans la définition évolutive de la notion d'intérêt général.

Ensuite, en ce qui concerne les principes généraux de droit du service public, nous pouvons constater une volonté de continuité dans la dispensation des services. Dès le moment où le pouvoir public s'empare d'un domaine d'activité en faveur des citoyens – quelles que soient les raisons qui motivent l'action du pouvoir en place –, il entend que cette prestation au public perdure. Le monopole des boulangers dans l'Empire romain avait pour objectif essentiel de garantir la production et la distribution continue de pain (*cf. supra*). Le seigneur était tenu, durant la période féodale, de garantir la continuité d'accès et de fonctionnement des services

communs qu'il mettait à la disposition de ses sujets, faute de quoi ces derniers pouvaient utiliser ceux d'un autre seigneur (*cf. supra*). Les villes veillaient continuellement à l'accessibilité des voies de communication et à la sécurité sur celles-ci ainsi qu'à la salubrité et à l'hygiène. Par la suite, le roi prit également soin de garantir la longévité de prestations de services telles que le service d'incendie de la ville de Paris, l'alimentation en eau du Louvre, l'éclairage public, etc. Nous le voyons, le *principe de continuité du service public* tel que nous le connaissons aujourd'hui, trouve ses racines bien avant l'avènement du droit administratif *sensu stricto*. De tout temps, les gouvernants ont pris soin de garantir l'accès des services au public durant des périodes suffisamment longues. Il faut dire que l'instauration et le renforcement de ces divers services au public contribuent largement au développement d'un sentiment de solidarité locale, qui lui-même fortifie la cohésion sociale et le lien entre les citoyens, même si ceux-ci ne sont pas encore vraiment égaux²¹ face à ces services. C'est essentiellement la Révolution française qui marque l'émergence de la notion d'égalité des citoyens face au pouvoir public. Avant 1789, «l'accès à ces services restait réservé à une élite, à des privilégiés. Le mérite de la Révolution est alors d'avoir suscité une réflexion sur la mise en pratique de l'égalité des citoyens devant la loi, donc, sur l'égalité des usagers de ces formes de service public – l'idée de solidarité n'étant devenue centrale qu'avec l'avènement de la République [française]»²².

La notion de service public se renforce donc considérablement dans la foulée de la Révolution française. L'utilité publique est requalifiée en «intérêt général» et les services publics croissent en importance juridique et politique. Le droit, et non plus la morale, est considéré comme l'instrument permettant de régler les divergences d'intérêts²³. Les discussions tenues à l'Assemblée nationale à partir de 1789 témoignent d'ailleurs clairement de cette (r)-évolution institutionnelle. Pour G.J. Guglielmi et G. Koubi, ce tournant est marqué par l'égalité des citoyens affirmée devant la loi et par conséquent devant le service public. En outre, si le service public constitue la mission des gouvernants, il permet surtout de légitimer leur pouvoir : «le service public est à la fois le fondement et la limite

¹⁸ X. BEZANÇON, *Les services publics en France. De la Révolution à la Première Guerre mondiale*, Presses des Ponts et Chaussées, 1998, in G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 35, n° 63.

¹⁹ G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 35, n° 63.

²⁰ *Ibid.*, p. 6.

²¹ L'égalité est un concept évolutif qui reflète notamment la conception politique et organisationnelle de la société. Par conséquent, dès lors que la société est organisée différemment de celle que nous connaissons aujourd'hui (en l'occurrence, en «classes»), la notion d'égalité ne peut avoir la même signification que celle que nous lui attribuons. Comme l'explique à juste titre L. Ingber, le concept d'égalité évolue avec le temps, défini concrètement non pas seulement par l'histoire des idées politiques et philosophiques, mais également par l'histoire économique et sociale (L. INGBER, «L'égalité en droit ou le droit à l'égalité», *J.T.T.*, 1979, p. 317).

²² G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 36, n° 65.

²³ *Ibid.*

du pouvoir des gouvernants»²⁴. Cette idée était certes déjà présente au Moyen Âge, mais se renforce considérablement vers la fin du XVIII^e siècle.

La reconnaissance de l'égalité des citoyens devant la loi marque également l'avènement du rôle plus important de la solidarité. En effet, «la conception de l'État [...] commande que certaines activités indispensables à l'affermissement du lien social et au développement de l'individu, nouveau sujet de droit, soient prises en charge par l'État et se trouvent ainsi érigées en «services publics»»²⁵. Les services publics, auparavant essentiellement axés sur les services de base liés à l'essor économique et aux échanges commerciaux, s'emparent donc du champ de l'aide à autrui et de l'assistance. L'État crée des établissements de secours public qui doivent non seulement prendre en charge les enfants abandonnés et les infirmes, mais encore donner du travail aux pauvres. En 1790, l'Assemblée nationale crée un «comité de mendicité» chargé de formuler des propositions pour remédier à la pauvreté que le pouvoir en place souhaite éliminer²⁶. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 consacre cette évolution en proclamant les «droits sociaux» et donc en mettant à charge des gouvernants et de la société en général de nouveaux devoirs à l'égard des plus faibles et des plus démunis. «La solidarité justifie l'intervention croissante des institutions publiques dans la sphère des rapports sociaux»²⁷.

En 1830, l'organisation des services publics en Belgique est érigée sur la base de ce bagage historique important. Le 28 septembre 1830, le gouvernement provisoire instaure cinq comités : un comité central, un comité de la guerre, un comité de la sûreté, un comité des Finances et un comité de l'Intérieur. Le comité de l'Intérieur regroupe alors des fonctions aussi différentes que l'organisation du pays, la culture, les services sanitaires, l'instruction publique, les cultes, les beaux-arts, l'agriculture, les travaux publics, l'industrie, la milice, l'organisation des provinces, des villes et des communes rurales²⁸. En d'autres termes, nous pouvons dire qu'il regroupe toutes les missions dévolues au pouvoir public – selon la conception de l'époque –, à l'exception des tâches spécifiques que sont la guerre, la sûreté et les finances. Par la suite, au fil des années, les différentes divisions se détachent peu à peu du comité de l'Intérieur pour former des entités autonomes. Tel est, par exemple, le cas de notre actuel Service public fédéral

²⁴ J. CHEVALIER, «Regards sur une évolution», *A.I.D.A.*, 1997, n° spéc., «Le service public – Unité et diversité», p. 11, in G.J. GUBIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 39, n° 72.

²⁵ G.J. GUBIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 38, n° 70.

²⁶ Ce comité est mis en place le 21 janvier 1790 et les rapports des travaux sont rédigés par La Rochefoucauld-Liancourt. Le programme préconisé consiste en des mesures et mécanismes d'assistance publique pour les indigents. Il s'agit donc là d'une forme de charité sélective. Voy. G.J. GUBIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, pp. 39-40, n° 73.

²⁷ G.J. GUBIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 40, n° 74.

²⁸ <http://www.ibz.be/code/fr/interieur/story.shtml> [consultation : 14 juin 2010].

«Emploi, Travail et Concertation sociale». Il quitte le ministère de l'Intérieur en 1837 et est intégré au ministère des Travaux publics²⁹ au sein duquel une direction générale de l'agriculture et de l'industrie est mise sur pied en 1859 avec notamment pour tâche d'assumer certaines compétences sociales (par exemple : le travail des femmes et des enfants, les coalitions d'ouvriers, etc.)³⁰. Après plusieurs années, à la suite de protestations et d'émeutes ouvrières, les priorités politiques évoluent, de nouvelles lois sont adoptées et, en 1894, la dénomination «Ministère de l'Agriculture, de l'Industrie, du Travail et des Travaux publics» voit le jour. Le service public étend donc progressivement son champ d'action pour répondre aux besoins de la population et, par là même, légitimer le pouvoir en place ; à l'inverse, le pouvoir en place légitime sa présence et sa position par l'extension des services au public, considérés comme la réponse aux demandes des administrés. La logique n'a donc guère changé depuis l'Antiquité.

Nous ne retraçons évidemment pas en détail toute l'histoire du service public. Il importe simplement ici d'avoir conscience du fil rouge qui sous-tend son évolution afin d'examiner, par la suite, la question centrale de cette contribution portant sur le respect (ou non) des principes d'impartialité et de neutralité dans l'externalisation des missions de service public. Cette question a d'autant plus d'intérêt que les mécanismes d'externalisation des missions de service public sont manifestement une constante de l'Histoire. En voici quelques illustrations : les boulangeries et la distribution du pain font l'objet d'un monopole accordé par l'empereur à certains boulangers contre le respect d'obligations strictes durant l'Empire romain (*cf. supra*) ; durant le Moyen Âge, l'Église prend en charge les tâches d'assistance aux plus démunis et d'hygiène lorsque celles-ci ne sont pas assumées par le pouvoir en place³¹ ; en 1539, le roi de France, François I^{er}, adjuge la ferme de la loterie à un prestataire de services ; en 1594, Henri IV désigne un surintendant pour assurer le service de carrosses publics et les lignes de coche entre Paris, Rouen, Beauvais, Troyes et Orléans ; en 1608, il délègue pour trente ans l'enlèvement des ordures ménagères ; en 1655, la commune de Marignane organise un système de boulangeries communales et confie à des fermiers le monopole de la fourniture de pain estimant qu'il s'agit d'un «bien de la population» qui doit répondre à des exigences de «continuité

²⁹ Le ministère des Travaux publics comprend à ce moment les administrations qui s'occupent des communications, des travaux publics et des mines.

³⁰ Pour plus d'informations relatives au S.P.F. Emploi-Travail-Concertation sociale, voy. not. www.emploi.belgique.be.

³¹ Il ne s'agit pas là d'une forme de délégation expresse établie et gérée par les gouvernants, mais cette prise en charge par l'Église ne pourrait-elle pas être considérée comme une forme de délégation tacite et informelle ? L'Église a-t-elle investi un champ d'action délaissé par le pouvoir ou le pouvoir a-t-il volontairement abandonné l'organisation de ce type de services à l'Église ? Cette question mériterait certainement un examen approfondi.

du service»³²; en 1669, le service d'incendie de la Ville de Paris est confié à un tiers, Dumouriez Dupérier; en 1672, la ferme de l'opéra est confiée à Lulli; en 1769, la Ville de Paris confie le monopole de l'éclairage public à un prestataire de services externe; en 1777, la première concession d'eau est octroyée aux frères Perrier; etc.

Les formes juridiques prises par ces diverses délégations de missions de service public sont multiples³³. Sous le régime seigneurial, on retrouve essentiellement deux grands types de délégations: la délégation contractuelle d'une part, le bail à cens ou l'affermage d'autre part. La *délégation contractuelle* est un choix du seigneur qui, par contrat, délègue «[...] un certain nombre de tâches administratives relevant de l'exercice de [son] propre pouvoir, ainsi que les prérogatives de puissance publique qui y sont attachées»³⁴. La rétribution des fonctions déléguées consiste en «l'attribution d'un "fief de fonctions", droit de percevoir les revenus de terres de rapport ou de prélever une partie des redevances collectées»³⁵. Le *bail à cens* ou l'*afferme* consiste en la «délégation d'une tâche, sujette à monopole, contre une rémunération forfaitaire, un loyer ou un fermage»³⁶. Ces deux mécanismes vont se développer pour être chacun utilisé en fonction des spécificités du service à déléguer. Ainsi, G.J. Gublielmi et G. Koubi relèvent que la délégation contractuelle sera généralement utilisée pour exécuter des tâches administratives non individualisables, dans des zones géographiques cohérentes, accompagnées du transfert de la règle de droit relative à l'exécution de ces tâches. Quant à l'affermage³⁷, il est privilégié pour la réalisation de tâches individualisables auxquelles est lié un aspect fiscal. Grâce à cette forme d'externalisation, le seigneur conserve la prééminence sur son concessionnaire au travers de son droit de direction et de contrôle; il est libre de résilier le contrat à tout moment³⁸. C'est sur les fondations de ces deux principales formes d'externalisation que vont se construire les régimes des marchés publics et des concessions. Sous la monarchie, le mécanisme des *marchés* vise à déléguer une prestation, pour une durée inférieure à dix ans et dont l'obligation est de moyens ou de résultat³⁹ (cf. *supra*, le marché de l'opéra confié à Lulli); le mécanisme des

³² G.J. GUBIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 36, n° 64.

³³ Pour de plus amples informations concernant les divers mécanismes juridiques existant à l'époque, voy. G.J. GUBIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, pp. 31-34, n° 50-59; X. BEZANÇON, *Les services publics en France. De la Révolution à la Première Guerre mondiale*, Presses des Ponts et Chaussées, 1998, pp. 31-37; P. SORIANO, *Brève histoire de la Poste. La Poste, des origines à demain*, <http://www.irepp.com/breve-histoire-de-la-poste-article0055.html> (consultation: 22 juin 2010) – extrait de «La poste dans tous ses états».

³⁴ G.J. GUBIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 29, n° 47.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ L'affermage est réalisé par adjudication au plus offrant.

³⁸ G.J. GUBIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 30, n° 48.

³⁹ G.J. GUBIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 33, n° 56.

concessions impose à un tiers, le concessionnaire, de fournir une prestation d'intérêt collectif, pour une durée nettement plus longue et comporte une obligation de résultat dans le chef du concessionnaire. Pour exécuter son obligation, ce dernier jouit toutefois des droits et prérogatives de l'autorité déléguée⁴⁰ (cf. *supra*, l'alimentation en eau du Louvre ou l'éclairage public de Paris).

L'évolution historique tend à laisser croire que l'accroissement des diverses formes d'externalisation et surtout du type de missions et de services confiés à des tiers ne résulte pas tant d'un choix politique réfléchi et examiné dans sa globalité que d'options financières et d'opportunités basées sur la situation socio-économique et politique du moment. Le mécanisme des marchés apparaissait par exemple aux gouvernants comme le moyen de regonfler rapidement les caisses du trésor public. Mais alors, dès le moment où intérêts politiques et mécanismes d'externalisation sont tellement imbriqués, comment aborder la question de la neutralité et de l'impartialité des pouvoirs publics lorsque ceux-ci confient à des tiers l'exécution de certaines prestations? Il serait certes intéressant d'examiner dans quelle mesure et comment la neutralité et l'impartialité furent (ou non) respectées au cours de l'Histoire. Toutefois, nous n'aborderons pas cette question ici qui constitue à elle seule un sujet d'étude. Nous nous concentrons maintenant sur la neutralité et l'impartialité appliquées aux organes de l'Administration au XXI^e siècle.

Section 2

Neutralité et impartialité: une vision réaliste – Concepts, obligations, principes généraux de droit?

Impartialité et neutralité sont-ils deux concepts distincts ou ne sont-ils que des expressions différentes d'une même notion? Vaste question. Le dictionnaire néerlandais *Van Dale* donne neutre comme synonyme d'impartial et impartial comme synonyme de neutre, en précisant toutefois que neutre s'applique de préférence en cas de conflit armé⁴¹. De son côté, le dictionnaire français *Le Petit Robert* entend par impartialité «équité, impartialité»⁴² et le dictionnaire *Reverso* définit l'impartialité comme «le fait de ne favoriser aucun parti aux dépens d'un autre» et donne entre autres

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ VAN DALE, *Groot woordenboek hedendaags Nederlands*, CD-ROM, 2008.

⁴² P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Société du nouveau Littré, 1970, p. 872.

pour synonymes «objectivité, intégrité, équité, droiture, neutralité»⁴³. Il en va plus ou moins de même pour la neutralité, décrite comme «l'état d'une personne qui ne prend pas parti» ou «la position d'un État qui refuse de participer à une alliance politique, militaire ou à une guerre»⁴⁴. Les synonymes sont «impartialité, équité, abstention»⁴⁵. À en croire le vocabulaire au sens strict, impartialité et neutralité ne seraient que l'expression distincte d'une même réalité.

Juridiquement, une recherche via les mots-clés de notre jurisprudence des tribunaux administratifs permet de constater que l'impartialité est un concept juridique apparemment plus fréquemment avancé que celui de neutralité⁴⁶. La jurisprudence et la doctrine parlent du «principe d'impartialité» comme d'un principe général de droit administratif. La question de la neutralité n'apparaît généralement que lorsqu'il est question d'enseignement⁴⁷.

⁴³ <http://dictionnaire.reverso.net> (consultation : 22 juin 2010).

⁴⁴ P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, op. cit., p. 1149; <http://dictionnaire.reverso.net> (consultation : 22 juin 2010).

⁴⁵ <http://dictionnaire.reverso.net> (consultation : 22 juin 2010).

⁴⁶ Impartialité : à propos de l'impartialité du juge, voy. not. C.C., 13 octobre 2009, n° 157/2009; C.C., 13 mars 2008, n° 50/2008; C.C., 17 mars 2004, n° 44/2004; C.C., 17 mars 2004, n° 39/2004; C.C., 10 décembre 2003, n° 163/2003; C.C., 8 octobre 2003, n° 132/2003; à propos du principe d'impartialité en droit administratif, voy. not. C.C., 25 janvier 2007, n° 21/2007; C.C., 17 mars 2004, n° 39/2004; C.C., 21 octobre 2003, n° 141/2003; C.E. (8^e ch.), 17 juin 2003, *Poncin*, arrêt n° 120658; C.E. (8^e ch.), 24 juin 2003, *Moreels*, arrêt n° 120864; C.E. (6^e ch.), 19 décembre 2003, *Mertens et S.P.R.L. Scenography*, arrêt n° 126667; C.E. (8^e ch.), 23 janvier 2004, *De Becker*, arrêt n° 127388; C.E. (8^e ch.), 4 mars 2008, *Baltuch*, arrêt n° 180462; C.E. (8^e ch.), 27 février 2009, *Dubuffet*, arrêt n° 190955; C.E. (11^e ch.), 12 mai 2009, *S.A. Family Center Quievrain*, arrêt n° 193232; C.E. (6^e ch.), 8 mars 2010, *Société Immobilière de service public Messidore*, arrêt n° 201667; à propos des faillites, voy. C.C., 24 mars 2004, n° 50/2004.

Neutralité : en matière d'enseignement, voy. not. question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle par le Conseil d'État concernant les art. 33, § 1^{er}, 1^o et 2^o, et 34, 1^o, du décret spécial de la Communauté flamande du 14 juillet 1998 relatif à l'enseignement communautaire, R.G., 4911, *M.B.*, 27 mai 2010, affaire pendante; C.E. (6^e ch.), 13 décembre 2000, *Tierentijn*, arrêt n° 91625; concernant la neutralité de l'Administration, voy. not. C.E. (15^e ch.), 30 mai 2008, *Csrs De Meyer*, arrêt n° 183640; C.E. (8^e ch.), 30 novembre 2005, *Harmegnies*, arrêt n° 152039; C.E. (8^e ch.), 2 octobre 2007, *Piriaux*, arrêt n° 175264; à propos de la neutralité financière, voy. C.E. (15^e ch.), 11 septembre 2008, *Commune d'Evere*, arrêt n° 186194.

⁴⁷ Art. 24 de la Constitution garantissant la neutralité dans l'enseignement. Il convient toutefois de préciser que seul l'enseignement relevant des Communautés en qualité de pouvoir organisateur est tenu par l'exigence de neutralité. Voy. égal. Décr. Comm. fr. du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté, *M.B.*, 18 juin 1994; Décr. Comm. fr. du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné et portant diverses mesures en matière d'enseignement, *M.B.*, 21 janvier 2004; A. Gouv. Comm. fr. du 16 juin 2004 fixant le modèle de l'adhésion d'un pouvoir organisateur à la neutralité de l'enseignement organisé par la Communauté française, *M.B.*, 27 août 2004; A. Gouv. Comm. fr. du 16 juin 2004 fixant le modèle de l'adhésion d'un pouvoir organisateur à la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné par la Communauté française, *M.B.*, 27 août 2004; Circ. 2198 Comm. fr. du 18 février 2008 concernant la neutralité dans l'enseignement dans les établissements organisés par la Communauté française; Bijzonder decreet van de Vlaamse Gemeenschap betreffende het Gemeenschapsonderwijs, 14 juli 1998, *BS* 30 september 1998; Decreet van de Vlaamse Gemeenschap betreffende de rechtspositieregeling van bepaalde personeelsleden van

ou, débat plus actuel, de port du voile⁴⁸. Cependant, l'obligation de neutralité apparaît aussi en matière de traitement des plaintes relatives aux services publics ou aux cabinets ministériels de la Communauté flamande⁴⁹ ou encore dans quelques arrêts du Conseil d'État lorsque celui-ci s'exprime sur la neutralité de l'Administration ou la neutralité de la presse à l'égard de la situation de certains fonctionnaires. Cependant, le Conseil d'État parle plus généralement d'obligation de neutralité que de principe de neutralité. Ainsi, dans l'arrêt *Harmegnies* du 30 novembre 2005, le Conseil considère que «la neutralité de l'Administration [pouvait] être garantie par des méthodes moins restrictives de la liberté d'expression»⁵⁰. Par contre, lorsqu'il est question de «principe de neutralité» dans l'arrêt *De Meyer* du 30 mai 2008, le Conseil d'État déclare que «Ni le «principe général de bonne administration», ni le principe de «neutralité», ni le principe de «confiance en l'autorité administrative», ne constituent des règles de droit identifiables avec précision et dont la méconnaissance pourrait fonder un moyen d'annulation»⁵¹. Dès lors, il y aurait une obligation de neutralité dans le chef des pouvoirs publics, sans que celle-ci soit consacrée en principe général de droit.

La neutralité des pouvoirs publics en Belgique est comprise comme le respect des convictions de chaque citoyen. En matière d'enseignement, la Communauté française décline la notion de neutralité comme le fait de :

- «garantir à l'élève le droit d'exercer son esprit critique et, d'exprimer librement son opinion sur toute question d'intérêt scolaire ou relative aux droits de l'homme. Éduquer les élèves au respect des libertés et des droits fondamentaux;
- préparer chaque enfant à son rôle de citoyen responsable dans une société pluraliste. La neutralité implique notamment le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des élèves et des parents;

het Gemeenschapsonderwijs, 27 maart 1991, *BS* 25 mei 1991; Besluit van de Vlaamse Regering houdende de vaststelling van de kiesprocedure voor de Raad van het Gemeenschapsonderwijs, 19 juli 2002, *BS* 30 augustus 2002.

⁴⁸ P. ex., cette nouvelle discussion qui a éclaté dans la presse à l'occasion des élections fédérales du 13 juin 2010 concernant la présence d'assesseurs portant le foulard ou encore de crucifix aux murs de certains bureaux de vote. Interpellé sur ce sujet, le chef du service des élections au S.P.F. Intérieur déclare : «Le Code électoral, qui délègue l'organisation des élections aux citoyens, ne dit rien sur la tenue vestimentaire des assesseurs et des présidents de bureau. Le Code n'évoque d'ailleurs pas le principe de neutralité». «Faut-il bannir les signes religieux du bureau de vote?», *Le Soir*, 19 juin 2010, p. 6.

⁴⁹ Art. 8 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap houdende de toekenning van het klachtrecht ten aanzien van bestuursinstellingen, 1 juni 2001, *B.S.* 17 juli 2001; Omzendbrief van de Vlaamse Regering, Leidraad voor de organisatie van het klachtenmanagement, ter uitvoering van het decreet van 1 juni 2001 houdende toekenning van een klachtrecht ten aanzien van de bestuursinstellingen, VR nr. 20, 18 mars 2005.

⁵⁰ C.E. (8^e ch.), 30 novembre 2005, *Harmegnies*, arrêt n° 152039.

⁵¹ C.E. (15^e ch.), 30 mai 2008, *Csrs De Meyer*, arrêt n° 183640.

- dispenser un enseignement où les faits sont exposés et commentés, que ce soit oralement ou par écrit, avec la plus grande objectivité possible; où la vérité est recherchée avec une constante honnêteté intellectuelle et où, la diversité des idées est acceptée, l'esprit de tolérance développé»⁵².

Du côté de l'enseignement de la Communauté flamande, il est précisé que la neutralité ne signifie nullement l'absence de point de vue ou d'engagement ou encore l'absence d'enseignement de valeurs ou d'idéaux et qu'il convient de comprendre neutralité comme étant un pluralisme passif⁵³.

Appliquée à l'Administration, la notion de neutralité signifie donc que les pouvoirs publics, et par conséquent leurs représentants, sont tenus de respecter les convictions de chacun et de ne montrer aucun parti pris préalable.

Le principe d'impartialité, reconnu comme un principe général de droit⁵⁴, au contraire de l'obligation de neutralité⁵⁵, signifie, selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, qu'une même personne ne peut être à la fois juge et partie à la cause ou qu'elle ait un intérêt personnel ou encore fasse preuve de parti pris⁵⁶. Le Conseil déclare par exemple «Le principe d'impartialité s'oppose à ce qu'une personne apparaisse à la fois juge et partie, soit qu'elle ait joué dans la même affaire un rôle d'accusation ou d'instruction, soit qu'elle ait un intérêt personnel soit qu'elle

⁵² <http://www.enseignement.be> (consultation : 22 juin 2010).

⁵³ «Neutraliteit betekent echter niet dat we geen standpunt durven of mogen innemen, dat ons onderwijs niet geëngageerd zou zijn, dat we onze leerlingen niet zouden begeleiden bij de verwerving van idealen of waarden.

'Neutraal' mag dus niet worden opgevat als 'waardevrij', 'kleurloos' of 'vrijblijvend'. Integendeel, in ons onderwijs is plaats voor authenticiteit, getuigenis, betrokkenheid, bezieling, respect, solidariteit...: kortom, ook in het neutrale – dus het nietrichtinggebonden – onderwijs horen waardeopvoeding en visieontwikkeling thuis! Alle mensen, van welke (democratische) gezindte ook, zijn welkom in het gemeenschapsonderwijs en hun visies worden er gerespecteerd. Dat zouden we kunnen noemen het *passief pluralisme*. Het is geheel conform de Grondwet die ons oplegt (citat): "het eerbiedigen van de filosofische, ideologische of godsdienstige opvattingen van de ouders en de leerlingen".», <http://www.g-o.be/SiteCollectionDocuments/OmzendbriefPFGO-neutraliteitgehechtheid.pdf> (consultation : 22 juin 2010).

⁵⁴ C.E. (8^e ch.), 4 mars 2008, *Baltuch*, arrêt n° 180462 : «Le moyen pris de la violation du principe général de droit de l'impartialité qui fait grief au bourgmestre d'avoir participé à la délibération et pris part au vote à l'occasion de l'adoption de la délibération attaquée du Collège communal par laquelle le requérant a été écarté sur-le-champ de ses fonctions alors qu'il n'offrait pas toutes les garanties d'impartialité auxquelles il pouvait prétendre n'est pas sérieux à défaut pour le requérant de démontrer que le bourgmestre aurait, de quelque manière que ce soit, manqué à son devoir d'impartialité lors de la délibération attaquée ou que sa seule présence aurait pu susciter dans son esprit un doute légitime quant à son manque d'impartialité.

⁵⁵ C.E. (15^e ch.), 30 mars 2008, *Cris De Meyer*, arrêt n° 183640.

⁵⁶ C.E. (8^e ch.), 24 juin 2003, *Moreels*, arrêt n° 120864; C.E. (8^e ch.), 27 février 2009, *Dubuffet*, arrêt n° 190955; C.E. (11^e ch.), *S.A. Family Center Quilevrain*, 12 mai 2009, arrêt n° 193232.

ait fait preuve de parti-pris»⁵⁷. La Cour constitutionnelle⁵⁸ et la doctrine interprètent également ce principe dans le même sens. Ainsi, Colsaet, se basant sur la définition du dictionnaire *Van Dale*, déclare que l'impartialité, c'est ne pas avoir de parti-pris, ne pas se laisser guider par des intérêts personnels, une préférence ou son propre jugement⁵⁹.

Si la question de l'application du principe d'impartialité aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire⁶⁰ ainsi qu'aux tribunaux administratifs n'est guère contestée, celle de son application aux organes de l'Administration a suscité plus de discussions. Néanmoins, il est aujourd'hui admis par le Conseil d'État que le principe d'impartialité est applicable aux organes administratifs, pour autant que celui-ci soit compatible avec la nature et la structure mêmes de l'Administration. En d'autres termes, il ne faudrait pas que l'application du principe d'impartialité rende impossible la prise de toute décision⁶¹. En outre, la partialité doit être constatée sur la base de faits précis. Tel est par exemple le sens de la décision du Conseil d'État dans l'affaire *Dubuffet*. En l'espèce, le collège communal avait déposé plainte au pénal contre un fonctionnaire qui exerçait diverses activités complémentaires sans autorisation préalable du conseil communal et dont certaines activités mettaient l'intéressé dans une situation de conflit d'intérêts eu égard à son emploi communal. La plainte avait été classée sans suite. En parallèle, le collège communal avait entamé une procédure disciplinaire contre ce fonctionnaire pour non-respect des dispositions en vigueur en matière de cumul d'activités. L'intéressé, dans le cadre d'un recours au Conseil d'État, a accusé le collège communal de partialité. Le Conseil d'État, dans son jugement, considère que le collège est l'organe compétent en matière de procédure disciplinaire et que le fait qu'il ait déposé plainte au pénal ne permet pas d'en déduire sa partialité⁶².

La violation du principe général d'impartialité entraîne l'illégalité de la décision administrative prise et peut par conséquent être sanctionnée,

⁵⁷ C.E. (8^e ch.), 27 février 2009, *Dubuffet*, arrêt n° 190955.

⁵⁸ C.C., 25 janvier 2007, n° 21/2007, B.1.2. et B.2.2.; C.C., 17 janvier 2007, n° 14/2007, B.2.1., B.4.4. et B.5.1.

⁵⁹ A. COLSAET, «Het onpartijdigheidsbeginsel», in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (éds), *op. cit.*, p. 279, n° 377.

⁶⁰ On pense notamment à l'arrêt *Spaghetti* rendu en 1996 à l'encontre du juge d'instruction Conrotte dans l'affaire *Durroux*. Cass., 14 octobre 1996.

⁶¹ A. COLSAET, «Het onpartijdigheidsbeginsel», in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (éds), *op. cit.*, p. 310, n° 407. C.E., *Thys*, 28 janvier 1986, arrêt n° 26116; C.E., 15 septembre 1987, *Jacquart*, arrêt n° 28448; C.E., 24 avril 2003, *Wollaert*, arrêt n° 118575; C.E. (8^e ch.), 18 septembre 2002, *De Becker*, arrêt n° 110 411.

⁶² C.E. (8^e ch.), 27 février 2009, *Dubuffet*, arrêt n° 190955 : «Lorsque l'autorité disciplinaire est un organe collégial, la mise en cause de son impartialité ne peut être retenue que si des faits précis peuvent être allégués et légalement constatés, de nature à faire planer le soupçon de partialité sur un ou plusieurs membres du collège. La circonstance que le collège communal ait porté plainte au pénal contre un agent communal n'implique pas que ce collège, compétent en vertu de la loi pour sanctionner les agents communaux, ne pouvait plus sanctionner ce dernier».

soit par l'autorité de tutelle, soit par le Conseil d'État à l'occasion d'un recours, soit par les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire dans le cadre d'une action en responsabilité. En outre, selon la jurisprudence du Conseil d'État, le principe d'impartialité est d'ordre public. Ainsi, le Conseil énonce par exemple dans son arrêt *De Becker* du 18 septembre 2002 que «le principe d'impartialité, qui est d'ordre public, s'applique à l'Administration active»⁶³. Cette position devrait donc impliquer la nullité de toute décision entachée de partialité. Néanmoins, il convient d'apporter deux bémols à cette éventuelle nullité : d'une part, l'effet dévolutif du recours administratif implique qu'une décision prise en première instance et entachée d'un vice de partialité ne signifie pas nécessairement que la décision prise en seconde instance par l'organe administratif d'appel sera, elle aussi, viciée. L'organe d'appel, lorsqu'il agit selon les règles et principes de droit, prend une décision légale et annule en quelque sorte le vice qui entachait la décision prise en première instance⁶⁴. D'autre part, si dans certains cas le Conseil d'État considère que le fait que le plaignant n'a pas dénoncé la violation du principe d'impartialité au cours de la procédure administrative est sans incidence sur un éventuel recours en suspension ou en annulation par la suite⁶⁵, il n'en va pas nécessairement toujours de même. Ainsi, le Conseil a parfois tiré argument du fait que le plaignant n'avait pas dénoncé la violation du principe d'impartialité ou récusé la ou les personnes soupçonnées de partialité au cours de la procédure administrative pour rejeter une demande en annulation ou en suspension⁶⁶.

Quant à la question qui nous occupe, à savoir la neutralité et l'impartialité dans l'externalisation des missions de service public, nous pouvons dire que les organes administratifs sont tenus de respecter une obligation de neutralité ainsi que le principe général d'impartialité. Mais si juridiquement ces deux éléments semblent clairs, comment les articuler dans la pratique, au sein et en dehors de la vérité juridique ?

⁶³ C.E. (8^e ch.), 18 septembre 2002, *De Becker*, arrêt n° 110 411. Voy. égal. C.E., 28 janvier 1986, *Thys*, arrêt n° 26116; C.E. (6^e ch.), 23 février 2000, *Daniel*, arrêt n° 85564.

⁶⁴ A. COLSAET, «Het onpartijdigheidsbeginsel», in I. OFDEBEEK en M. VAN DAMME (éds), *op. cit.*, p. 313, n° 410.

⁶⁵ Voy., p. ex., C.E. (6^e ch.), 23 février 2000, *Daniel*, arrêt n° 85564 : «La circonstance que l'agent n'aurait pas formellement récusé les membres du conseil qu'il soupçonnait de partialité, n'est pas de nature à s'interpréter comme un acquiescement, s'agissant d'une question touchant à l'ordre public».

⁶⁶ Voy., p. ex., C.E. (6^e ch.), 8 mai 2000, *Masset*, arrêt n° 87090 : «que pour le surplus, le requérant n'a demandé la récusation ni du bourgmestre ni d'aucun échevin et qu'il [le requérant] ne rapporte pas la preuve de leur éventuelle malveillance à son égard; que le moyen ne peut être accueilli».

Section 3

Neutralité et impartialité : par essence une utopie ?

Après avoir dressé les contours juridiques de l'obligation de neutralité et du principe général d'impartialité en matière administrative, il nous paraît important de sortir quelque peu du cadre strict de la vérité juridique pour aborder ces questions sous un autre angle. En effet, l'obligation de neutralité et le respect du principe d'impartialité n'ont essentiellement de sens juridique qu'au regard de leur violation potentielle et des preuves de cette violation. Aux yeux de l'histoire du droit, de la philosophie, la neutralité est-elle réellement possible dès le moment où l'on parle d'externalisation ? L'impartialité peut-elle vraiment être garantie ? Externaliser l'exécution d'une tâche, n'est-ce pas déjà une prémisse de partialité ? Toutes les tâches peuvent-elles vraiment être externalisées ou certaines mettent-elles *de facto* plus que d'autres la neutralité et l'impartialité en péril ?

L'Histoire nous enseigne que le choix d'externaliser ou non une mission de service public résulte essentiellement d'une option politique, sous-tendue par des considérations financières, organisationnelles, relationnelles ou économiques. Ainsi, le fermage était le plus souvent une opération purement financière qui contribuait surtout à alimenter les caisses de l'État. Le monopole sur la production de certains biens (p. ex., le pain) avait pour objectif principal de garantir la continuité de la fabrication et de la vente afin de nourrir la population et par conséquent de la tenir calme (le manque de nourriture pourrait en effet l'amener à se fâcher contre les représentants du pouvoir). En outre, compte tenu de la diversité des tâches externalisées (musique, loterie, voies de communication, poste, alimentation en eau et électricité, services d'enlèvement des immondices, etc.) et des modes d'externalisation (externalisation avec ou sans attribut de la puissance publique et de l'élaboration de la réglementation), il n'est guère aisé d'opérer le tri entre les activités susceptibles d'être externalisées et les autres. Il semble qu'*a priori* tout soit potentiellement objet d'externalisation.

Néanmoins, si l'on se penche sur la réalité de la fin du XX^e siècle et du début du XXI^e, en est-il encore de même ? Nos structures politiques et institutionnelles ont évolué, la démocratie parlementaire d'aujourd'hui a pris un autre visage, les services publics se sont considérablement professionnalisés et les tâches qu'ils sont amenés à accomplir sont certainement bien plus nombreuses et plus complexes que par le passé. L'organisation belge de 1830 autour de cinq comités s'est transformée en une structure fédérale composée de quatorze services publics fédéraux⁶⁷ (S.P.F.) et de

⁶⁷ S.P.F. Chancellerie du Premier ministre; S.P.F. Personnel et Organisation; S.P.F. Budget et Contrôle de la gestion; S.P.F. Technologie de l'information et de la communication; S.P.F. Affaires

trois services publics fédéraux de programmation (S.P.P.), sans compter les nombreux autres services semi-publics⁶⁸, les services publics des entités fédérées, les administrations provinciales et locales et les entreprises publiques ou assimilées. En outre, que ce soit au niveau belge ou européen, les dispositions légales réglementant l'externalisation de certaines prestations par les pouvoirs publics se sont multipliées, visant à créer un cadre de plus en plus strict afin, notamment, de garantir la transparence et l'objectivité des procédures ainsi que la concurrence loyale entre candidats⁶⁹. Ainsi, la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services « vise à améliorer les procédures de

étrangères, Commerce extérieur et Coopération au développement; S.P.F. Intérieur; S.P.F. Finances; S.P.F. Mobilité et Transports; S.P.F. Emploi, Travail et Concertation sociale; S.P.F. Sécurité sociale; S.P.F. Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement; S.P.F. Justice; S.P.F. Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie; ministère de la Défense; S.P.P. Intégration sociale, Lutte contre la pauvreté et Économie sociale; S.P.P. Développement durable; S.P.P. Politique scientifique. www.belgium.be (consultation: 29 juin 2010).

⁶⁸ Tels que l'O.N.S.S., l'O.N.S.S.-A.P.L., l'Onafts, l'O.N.P., l'ONEm, le F.A.T., le F.M.P., l'INAMI, l'O.N.V.A., la B.C.S.S.

⁶⁹ Dir. 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux; Dir. 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services; loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics; A.R. du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux; A.R. du 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications; A.R. du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics; A.R. du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral; loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B., 15 février 2007 (seuls les art. 15, 31, 77 et 79 sont entrés en vigueur au jour de leur publication au *Moniteur belge*, la date d'entrée en vigueur des autres articles doit être fixée par arrêté royal); loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B., 15 février 2007 (la date d'entrée en vigueur de la loi doit être fixée par arrêté royal); A.R. du 23 novembre 2007 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi; loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; A.R. du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B., 16 février 2010.

recours en matière de passation de marchés publics»⁷⁰ et stipule notamment que l'autorité adjudicatrice doit établir une décision motivée⁷¹ qu'elle est tenue de communiquer aux candidats au moment de l'attribution du marché⁷². De même, l'arrêté royal du 23 novembre 2007 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi a également pour objectif, selon le Rapport au Roi, que «les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services de manière égale et non discriminatoire, et agissent avec transparence». Le Rapport précise qu'«il s'agit de principes du Traité qui s'appliquent également aux marchés en dessous des seuils européens»⁷³. Ces diverses exigences de motivation et de transparence ont naturellement pour objectif de permettre aux candidats qui s'estimeraient injustement évincés d'utiliser les voies de recours dont ils disposent pour faire valoir leurs droits. En ce sens, ces procédures contribuent, ou à tout le moins devraient contribuer, à garantir l'impartialité des autorités adjudicatrices lors de l'externalisation de missions de service public. Comme le dit le Conseil d'État lorsqu'il interprète l'application du principe d'impartialité, «l'autorité doit veiller à ne pas donner prise à un soupçon de partialité»⁷⁴. Malheureusement, force est de constater que, dans la pratique, ces exigences ne sont pas toujours, voire pas souvent, respectées et que nombreux sont les cas où le soumissionnaire doit lui-même, après avoir reçu la décision de (non-)attribution, demander à l'autorité adjudicatrice de lui fournir la motivation de la décision. Une telle attitude des (de certains) pouvoirs publics est hélas de nature à jeter des soupçons de partialité lors de l'attribution de certains marchés; d'aucuns diront même «de copinage», pour reprendre ici un terme utilisé régulièrement dans les médias et le langage populaire⁷⁵.

⁷⁰ Projet de loi introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2009-2010, n° 52-2276/001, 23 novembre 2009, «Résumé», p. 3.

⁷¹ Art. 65/4, 65/5, 65/6 et 65/29 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B., 28 décembre 2009.

⁷² Art. 65/8 et 65/29 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B., 28 décembre 2009.

⁷³ Rapport au Roi, art. 1^{er}, al. 2, de l'A.R. du 23 novembre 2007 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi, M.B., 7 décembre 2007.

⁷⁴ C.E. (8^e ch.), 24 février 2006, *Thunus*, arrêt n° 155583.

⁷⁵ Le gouvernement fédéral vient d'ailleurs d'adopter une circulaire s'inscrivant dans le cadre de la «politique d'intégrité fédérale» visant à prévenir les conflits d'intérêts éventuels lors de

En effet, indépendamment de toutes les procédures et autres garde-fous qui peuvent être mis en place par le législateur pour garantir la neutralité et l'impartialité de l'autorité décisionnelle, il convient de tenir compte aussi de deux éléments essentiels : d'une part, de la relativité de la notion d'objectivité ; d'autre part, du « sentiment » d'impartialité.

L'objectivité, que ce soit lors de l'externalisation de missions de service public ou à quelque autre occasion que ce soit, contient toujours une parcelle de subjectivité. L'objectivité est par essence référée à un sujet dont la vision, même prétendument objectivée, est en elle-même subjective puisqu'elle est sienne et basée, consciemment ou non, sur des considérations personnelles et un système référentiel qui lui est propre. En outre, l'objectivité ne se conçoit que dans un cadre de référence déterminé, ce qui lui donne *de facto* un deuxième élément de relativité. Dès lors, même à l'intérieur d'un cadre législatif qui vise à garantir l'impartialité et la neutralité des procédures, il est impossible de faire fi d'une certaine subjectivité. Certes, cette subjectivité ne signifie pas nécessairement que l'autorité adjudicatrice a des préjugés favorables à l'égard de tel ou tel candidat, mais que, en fonction de son propre système de valeurs et de références, elle lira la proposition des candidats avec l'une ou l'autre paire de lunettes. Il est vrai que les procédures en vigueur imposent notamment au pouvoir adjudicateur d'annoncer au préalable les critères qui serviront de base à l'évaluation des offres. Néanmoins, il ne peut être fait abstraction du fait que certains critères non écrits, voire même inconscients dans le chef de l'autorité décisionnelle, joueront inéluctablement un rôle dans l'évaluation des offres.

Apparaît alors tout naturellement le deuxième élément que nous évoquons, à savoir le « sentiment » d'impartialité. Le soumissionnaire, le candidat, peut-il avoir raisonnablement confiance dans la neutralité et l'impartialité de la procédure d'attribution ? Ce sentiment d'impartialité, même s'il est juridiquement intraduisible, est important dès lors que l'externalisation d'une tâche de service public induit de fait une collaboration entre un pouvoir public et un tiers, quel que soit le degré de délégation choisi par le pouvoir public. Ce sentiment d'impartialité renvoie généralement chez le candidat à la notion d'égalité. C'est d'ailleurs également la position de G.J. Gubielmi et G. Koubi, qui considèrent que la neutralité des pouvoirs publics est un moyen pour assurer le respect du principe d'égalité et relève de la déontologie administrative⁷⁶. Il est vrai qu'en droit français, l'impartialité est considérée comme « une des premières dimensions du principe de neutralité »⁷⁷ et que la neutralité est un des principes fonda-

la passation de marchés publics. Circ. du 21 juin 2010, « Marchés publics. Déontologie. Conflit d'intérêts. Déclarations sur l'honneur », M.B., 21 juin 2010.

⁷⁶ G.J. GUBIELMI et G. KOUBI, *op. cit.*, p. 562, n° 1243.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 563, n° 1246.

mentaux du service public français. Cela étant, nous pensons qu'en droit belge également, la neutralité des pouvoirs publics – bien que n'étant pas considérée comme un principe général de droit, mais comme une simple obligation (*cf. supra*) – constitue un moyen essentiel pour assurer l'égalité entre personnes (physiques ou morales) face aux pouvoirs publics. Le candidat a donc un sentiment d'impartialité lorsqu'il se sent traité de la même manière que ses concurrents. Cette égalité, par conséquent, recouvre deux aspects : d'un côté, le principe d'égalité au sens juridique du terme énonce que toutes les personnes se trouvant dans des situations comparables doivent être traitées de manière identique⁷⁸ ; de l'autre, l'égalité au sens « civil » du terme se rapproche plus des notions d'équité et de justice⁷⁹. Ces deux aspects ne se recouvrent pas nécessairement.

Nous disposons donc d'un cadre juridique défini qui tend à mettre en place des procédures visant à garantir la neutralité et l'impartialité des pouvoirs publics lors de l'externalisation de certaines missions, mais dont nous constatons qu'il n'est – et ne peut par essence pas être – totalement hermétique à quelques gouttes de partialité ou de subjectivité.

Retour donc à la question de savoir si tout peut être externalisé et si toute externalisation des missions de service public est vraiment le résultat d'une décision politique mûrement réfléchie sur l'essence même du service public et des services au public ou si, au contraire, elle relève plutôt d'autres facteurs tels qu'un effet de mode, un choix politique de principe (laisser le moins possible de tâches dans les mains du secteur public), du mépris pour les compétences et le travail des agents du service public, une volonté d'aller plus vite que l'écoulement du temps, une préoccupation budgétaire de court terme, etc.

A priori, il semble que tout puisse être objet d'externalisation et de sous-traitance : informatisation de l'Administration, fourniture de repas, nettoyage, gestion du personnel, gardiennage et sécurité, contrôle du stationnement, réparation des routes, etc. Tout énumérer est impossible et n'apporterait d'ailleurs que peu de choses à la discussion⁸⁰. Toutefois, si n'importe quelle tâche peut être externalisée, est-ce souhaitable ? Certaines missions ne devraient-elles pas rester exclusivement dans les mains

⁷⁸ À propos du principe d'égalité, voy. K. RIMANQUE, « De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel », *R.W.*, 1992-1993, pp. 6-15 ; V. FLOHIMONT, « Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard ? », *R.B.D.C.*, 2009, pp. 217-235.

⁷⁹ Sur la notion d'égalité, voy. not. L. INGBER, « L'égalité en droit ou le droit à l'égalité », *J.T.*, 1979, pp. 313-320 ; H. BUCH, *L'égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971 ; Ch. PERELMAN, « Égalité et justice », in R. DEKKERS et L. INGBER, *L'égalité*, vol. V, Bruxelles, Bruylant, 1977 ; P. WESTEN, « The empty idea of Equality », *Harvard law review*, 1982, vol. 95, n° 3, pp. 537-596.

⁸⁰ Pour un aperçu des activités sous-traitées en Région wallonne, voy. <http://marchespublics.wallonie.be/fr/avis-d-attribution/recherche-d-avis-d-attribution.html>.

des pouvoirs publics, sans recours à des sous-traitants privés ? N'est-ce pas là une exigence de l'intérêt général ?

Section 4

La neutralité et l'impartialité appliquées à l'externalisation de la rédaction des textes légaux

En lieu et place d'un inventaire exhaustif, nous avons décidé de nous arrêter sur un phénomène croissant et récurrent depuis quelques années : l'externalisation de la rédaction de la législation.

Formellement, les lois et décrets sont rédigés et adoptés par les instances législatives, démocratiquement élues au suffrage universel, tandis que les arrêtés d'exécution et autres circulaires sont établis par le pouvoir exécutif, le tout avec le concours des administrations compétentes. Bien que, *stricto sensu*, seule l'adoption des lois est confiée constitutionnellement aux élus, la rédaction des lois, au sens matériel du terme, est par essence une tâche des mandataires publics, que ceux-ci soient des élus ou des agents du service public. C'est en effet en premier lieu au moment de la rédaction d'un texte légal que sont – ou à tout le moins devraient être – examinées des questions telles que l'intérêt général, l'objectif politique, les équilibres à réaliser entre les divers intérêts en présence, l'organisation de la société, les valeurs sociétales, etc. De Decker, à propos de l'évaluation des lois par le Sénat, est d'ailleurs très clair à ce sujet puisqu'il déclare : « l'évaluation elle-même, qui implique des choix d'opportunité, et donc, des choix politiques, demeure, bien entendu, la prérogative exclusive des sénateurs et du Sénat »⁸¹. La loi implique donc bien des choix d'opportunité et des choix politiques. Par conséquent, il est logique que l'activité législative reste dans les mains des représentants publics, qu'il s'agisse de mandataires politiques démocratiquement élus et donc à qui la population a donné mandat de la représenter et de défendre ses intérêts ou encore d'agents du service public qui ont prêté serment et se sont engagés à défendre l'intérêt général. En outre, les techniques légistiques se sont fortement complexifiées pour diverses raisons : élargissement des domaines embrassés par le droit, évolution du rôle du droit d'une fonction de constat à une fonction d'incitation (le droit ne se limite plus à définir le cadre et les règles en vigueur à l'intérieur de ce cadre, mais devient un outil pour initier des comporte-

⁸¹ Discours d'Armand De Decker prononcé lors de la séance d'ouverture de la réunion de l'Association des Sénats d'Europe sur le thème « Les Sénats et la qualité de la législation », 13 novembre 2001, Bruxelles, pp. 8-9, www.senate.doc/doc/misc/seneurop.

ments déterminés), structures européennes, régionales et communautaires en plus du niveau national, textes de plus en plus précis et détaillés (les rédacteurs du Code civil de 1804 seraient certainement ébahis devant un de nos textes actuels), volonté de transparence et d'accessibilité de la loi à tout un chacun, multiplication des règles légistiques⁸², etc.

Néanmoins, force est de constater que l'externalisation, officielle ou officieuse, de la législation semble ne plus avoir aucune limite. Les pouvoirs publics confient de plus en plus souvent la rédaction de textes légaux à des tiers⁸³. Ce procédé est interpellant à plus d'un titre. Tout d'abord, pour quoi mettre plus ou moins hors jeu des fonctionnaires, *a priori* compétents et rompus aux techniques légistiques, au profit de personnes ou d'entreprises extérieures à l'Administration ? Les agents des services publics qui travaillent au sein des services législatifs sont formés aux techniques rédactionnelles, au contraire des juristes actifs en dehors du secteur public⁸⁴. Nos facultés de droit ne dispensent en effet aucun cours de rédaction et technique légistique à leurs étudiants. Les juristes sont formés par nos universités à interpréter les lois, pas à les écrire ! À l'heure où d'aucuns déplorent le manque de qualité des textes législatifs et où l'on ne compte plus le nombre de comités d'évaluation de la législation, les tests préalables à l'adoption de textes (*cf. supra*), il est paradoxal de voir que le politique pri-

⁸² Not. C.E., Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, 2008, www.conseildetat.be (rubrique « Technique législative »); règles de la Région wallonne en vue de l'amélioration de la législation, *East-wal* (comité législatif, test Kafka, lexique sémantique Atlas), <http://easi.wallonie.be/easi> (rubrique « Dossiers thématiques », sous-rubrique « Amélioration de la réglementation », lexique sémantique); règles de la Communauté flamande en vue de l'amélioration de la législation, *Kwaliteitsvolle regelgeving* (service « Kenniswetsmatiging », cellule « Wetskwaliteit », test R.I.A. (*Reguleringsimpactanalyse*)), www.wetsmatiging.be; Sén., Service d'évaluation de la législation, Proposition visant à créer, au sein des services du Sénat, une cellule d'évaluation de la législation, adoptée par le Sénat en séance plénière le 21 janvier 1999, *Doc. parl.*, Sén., n° 1-643/1 à 1-643/7, www.senat.be.

⁸³ Citons, p. ex., la Communauté française qui a confié à des cabinets d'avocats la rédaction du décret relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination.

⁸⁴ À titre d'exemple, citons l'Administration des affaires fiscales. Établie au sein du S.P.F. Finances, cette administration est chargée de la rédaction des textes fiscaux, mais réalise également des études prospectives en matière fiscale, travaille à l'harmonisation des régimes fiscaux nationaux et internationaux, répond aux questions parlementaires, négocie les conventions préventives de double imposition, édite les codes fiscaux et les met gratuitement à disposition du grand public, évalue les impacts sociaux des différentes législations fiscales, etc. <http://fiscus.fgov.be/interfzml/fr/index.htm>. Nous pouvons également citer le Service réglementation de la Direction générale « Politique sociale » du S.P.F. Sécurité sociale. Ce service établit la législation pour les diverses branches de la sécurité sociale, en collaboration avec les différents organismes publics de sécurité sociale. Il remet également des avis et procède à des analyses de textes. S.P.F. Sécurité sociale, *Rapport annuel*, 2008, <http://www.socialsecurity.fgov.be/rapport/2008/fr>. Dans ces deux exemples, il importe de souligner que les agents actifs au sein de ces administrations ont une vision et une maîtrise incomparable des matières qu'ils traitent avec, en plus, comme tout fonctionnaire, un objectif de défense de l'intérêt général.

vilégie de plus en plus souvent l'option de l'externalisation au détriment de l'utilisation des compétences internes.

Ensuite, comment garantir l'impartialité de rédacteurs externes à l'Administration et comment veiller à ce qu'ils aient pour moteur la défense de l'intérêt général?

S'il est une prérogative de la puissance publique qui, quelles que soient les options politiques défendues (plus de compétences aux administrations publiques, moins de fonctionnaires, délégation plus ou moins importante de tâches au secteur privé...), est difficilement externalisable, c'est la rédaction de la législation et autres arrêtés d'exécution, circulaires, règlements, etc. La délégation d'une telle compétence au secteur privé soulève non seulement des questions de fonctionnement de notre organisation démocratique, mais également de légitimité, de respect du citoyen et des agents des services publics sans compter les questions de coûts et de qualité de la législation. Est-il démocratiquement sain que le cœur de l'organisation étatique, à savoir les textes légaux, soit cédé à des tiers et morcelé entre eux alors que leur légitimité ne repose sur rien, excepté peut-être le fait de s'être vu confier officiellement l'exécution d'une tâche rédactionnelle déterminée (mais c'est sans compter la rédaction officieuse de textes par des groupes de pression et autres lobbys, dans la totale clandestinité) par un pouvoir public et qui, ultérieurement, risque d'être amené à dénoncer les failles de cette même législation devant une cour, un tribunal ou toute autre forme de conciliation à l'amiable⁸⁵? Nous pensons que non. Le cœur de notre système juridique et institutionnel doit rester une prérogative des mandataires publics (élus et agents des services publics), à quelque niveau de pouvoir que ce soit. La rédaction législative est une fonction qui ne peut, par essence, être déléguée. En outre, ce morcellement rédactionnel entre des prestataires privés induit, à moyen ou à long terme, une baisse qualitative de la législation dans son ensemble. La cohérence se perd, les styles rédactionnels se multiplient, la signification des termes se diversifie, les objectifs du législateur sont de manière subliminale peu à peu minés par des buts particuliers, l'intérêt général devient une notion plus relative que jamais!

En conclusion, nous pensons que la rédaction législative, à tous les niveaux de pouvoir – de l'État fédéral aux pouvoirs locaux en passant par les entités fédérées – doit rester dans les mains du service public et que dans l'intérêt général, il n'est pas opportun d'en déléguer l'exercice. En cette matière, le pouvoir politique doit travailler de concert avec les agents des services publics. Au contraire des partenaires privés, cabinets d'avocats

⁸⁵ Concrètement, nous pensons ici aux cabinets d'avocats, voire aux bureaux de consultance, qui d'un côté se posent en rédacteurs d'un texte légal et qui, d'un autre côté, pour défendre leurs clients, n'hésitent pas à utiliser les failles, les incohérences, les lacunes et les termes obscurs de ce même texte. Il y a là sans doute une question déontologique fondamentale.

et autres bureaux de consultance ou groupes privés de pression, ces agents sont par essence les gardiens de l'intérêt général, sont tenus de respecter une obligation de neutralité et d'être impartiaux. Cette exigence n'affaiblit en rien leur mission d'exécuter les décisions politiques, mais offre parallèlement des garanties de stabilité démocratique, de légitimité du pouvoir et de qualité législative.

Conclusions

Comme nous l'avons vu au travers de ce bref parcours, l'Histoire nous enseigne que l'externalisation des missions de service public ou à tout le moins des services au public est un phénomène « vieux comme le monde », ou presque. De tout temps, les tenants du pouvoir ont estimé qu'il convenait de déléguer l'exécution de certaines tâches à des tiers. Les objectifs de cette externalisation étaient de natures financière, économique, technique, organisationnelle, sociale, relationnelle, etc.

Toutefois, si de telles délégations peuvent être temporaires, elles ne peuvent en rien être éternelles sous peine de transférer, dans les faits, les prérogatives de la puissance publique à des tiers animés par la défense d'intérêts particuliers, leur intérêt particulier. La conservation du contrat avec les pouvoirs publics étant déjà un objectif en soi! En outre, une sous-traitance de trop longue durée, quelles que soient sa forme et ses modalités d'exécution, constitue un réel danger pour la défense de l'intérêt général et le respect de l'obligation de neutralité et du principe d'impartialité. Il va de soi que la durée de la délégation n'est pas le seul outil disponible pour éviter toute dérive vers la partialité ou le transfert de pouvoir⁸⁶.

Enfin, s'il est difficile d'établir une liste des tâches de service public pouvant ou non faire l'objet d'une délégation à des tiers, il semble qu'il y en ait au moins une sur laquelle il devrait – dans un monde idéal – être impossible de transiger : la rédaction de la législation. L'élaboration des textes ne peut, selon nous, être confiée au secteur privé dont les membres, soit doivent par définition défendre un intérêt particulier déterminé (celui de leur employeur, de leur entreprise, de leur portefeuille, de leurs clients...), soit peuvent être amenés, à un moment ou à un autre, à dénoncer les failles du texte qu'ils auront eux-mêmes rédigé afin de défendre un client ou de gagner une affaire. Cette situation des prestataires privés met évidemment à mal tant la défense de l'intérêt général que l'obligation de neutralité et le principe d'impartialité qu'est tenu de respecter le pouvoir public.

⁸⁶ En ce qui concerne les autres mécanismes et outils disponibles, nous renvoyons aux autres contributions de cet ouvrage.

Même en reconnaissant que la neutralité absolue, tout comme l'impartialité totale, n'existe pas puisque tout agent des services publics est avant tout un sujet et que l'intérêt général est toujours relatif puisque référé à des objectifs politiques, il importe, dans un État de droit, que neutralité et impartialité restent des objectifs à atteindre afin de veiller au bien-être du plus grand nombre et à l'équilibre de la société. N'est-ce pas là par essence la finalité ultime d'une démocratie moderne ?